

## Propriété intellectuelle

### Droit comparé

*Focus sur le droit allemand de « libre utilisation » ou Vérité au-deçà du Rhin, erreur au-delà<sup>1</sup>*

La décision *Pelham* trouve sa source dans un article ancien de la loi allemande sur le droit d'auteur, l'article 24, dont les termes peuvent apparaître particulièrement déroutants au juriste français : il prévoit qu'« une œuvre indépendante qui a été créée en utilisant librement l'œuvre d'autrui peut être publiée et exploitée sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre utilisée ».

### Commentaire



**Marie-Avril Roux**  
MARS-IP - Avocat aux  
Barreaux de Paris et Berlin  
Spécialiste en droit de  
la propriété intellectuelle

Construction originale du droit allemand, inconnue des autres systèmes, cet article entend ouvrir un espace de liberté à l'artiste d'une œuvre seconde, qui peut s'exercer à partir de l'œuvre première sans l'autorisation de son auteur.

Jusqu'à présent, il s'appliquait dans deux situations, pour le moins contrastées :

- pour justifier sans autorisation du premier auteur la « libre utilisation » d'une œuvre antérieure lorsque celle-ci est « effacée » par la nouvelle, le même raisonnement étant appliqué aux droits voisins ;
- pour fonder le droit aux pastiches, caricatures et parodies.

Mais sous les coups de butoir de l'harmonisation européenne, cet article se fissure lentement et sûrement. La « libre utilisation » n'est plus (I), la parodie a dû faire peau neuve (II).

### I - FEU LA « LIBRE UTILISATION » (« FREIE BENUTZUNG »)

Cela fait déjà quelques années<sup>2</sup> que la Cour européenne scande que les exceptions et limitations prévues à l'article 5 de la directive 2001/29/CE doivent être lues de façon ex-

haustive. Mais en droit allemand, l'article 24 était – tout au moins jusqu'à juillet dernier – considéré comme une limitation fondamentale inhérente au droit d'auteur lui-même<sup>3</sup>, fondée sur le souci de protéger la liberté de création, et non comme une (banale) exception au droit de reproduction au sens de l'article 5 de la directive 2001/29/CE<sup>4</sup>. Car le progrès créatif se nourrit des réalisations des autres, de « l'état de l'art ». Aussi l'auteur doit-il accepter que son travail serve d'inspiration à d'autres auteurs, lorsque la distance entre l'œuvre nouvelle et l'œuvre ancienne est suffisante<sup>5</sup>.

Il faut savoir que le droit allemand est pétri du souci de la mise en balance des droits des uns et des autres, de l'intérêt général, du respect de la loi fondamentale<sup>6</sup>. Pour autant, il est acquis que la reprise de la création d'autrui ne doit pas conduire à son appropriation ni à son expropriation. La loi lie donc l'exclusion des droits de l'auteur de l'œuvre antérieure à deux conditions :

- la réalisation nouvelle doit être une « œuvre », donc disposant de sa propre expressivité créative<sup>7</sup> ;
- elle doit être « indépendante » de la première, qui ne lui sert que d'inspiration. Les éléments personnels singuliers de l'œuvre antérieure s'estompent jusqu'à s'effacer dans la nouvelle œuvre, si bien que celle-ci n'embrasse plus l'ancienne. Cette théorie porte le doux nom de pâlisement, ou « *Verblässungstheorie* ».

Elle diffère de l'adaptation au sens de l'article 23, qui lui précède et requiert, elle, l'autorisation de l'auteur de l'œuvre antérieure. Car cette adaptation-là n'a pas d'expression créative propre, sinon ajoutée à celle de l'œuvre antérieure, et demeure dans le champ de protection de l'original malgré ses modifications, parce que la particularité de l'original est conservée dans la reproduction et que l'impression d'ensemble demeure. Cette adaptation ne constitue pas une œuvre.

<sup>3</sup> Le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) avait d'ailleurs posé sa question préjudicielle, en soulignant « qu'un tel « droit à la libre utilisation » ne constitue pas, en tant que tel, une dérogation au droit d'auteur mais désigne plutôt une limitation inhérente du domaine de protection de celui-ci, fondée sur l'idée selon laquelle la création culturelle n'est pas envisageable sans un appui sur des prestations antérieures d'autres auteurs » (pt 56 de l'arrêt du 29 juill. 2019).

<sup>4</sup> Mais déjà l'avocat général avait clairement rappelé que « la directive 2001/29, à son article 5, ne distingue pas les exceptions et les limitations du droit d'auteur ou des droits voisins » (Concl. Szpunar, pt 55).

<sup>5</sup> Wandtke/Bullinger, Kommentar Urheberrecht, 5. Auflage 2019, sous l'art. 24, selon lesquels la libre utilisation n'est pas une notion européenne harmonisée, ce que sont en revanche les exceptions au droit d'auteur. Car les exceptions de l'art. 5 de la directive supposent une mise en œuvre du droit de reproduction. Or la libre utilisation n'est pas une exception au droit de reproduction mais au droit d'auteur lui-même.

<sup>6</sup> Wandtke « Urheberrecht », De Gruyter, 2019 ; p. 252, qui rappelle que le monopole des producteurs de phonogrammes étant causé par le seul investissement réalisé, quel que soient les sons fixés, même non protégés (chants d'oiseaux, bruits de moteurs etc.), le pouvoir du producteur s'étendrait bien au-delà du périmètre de protection du droit d'auteur. En conséquence, la limitation des droits du producteur par le droit à la liberté de création et la libre utilisation de l'art. 24 apparaît comme un correctif nécessaire à leur droit absolu.

<sup>7</sup> L'art. 2.2 de la loi allemande sur le droit d'auteur qui définit les œuvres protégées ne parle pas d'originalité en tant que reflet de la personnalité de l'auteur mais vise les « créations intellectuelles personnelles », la doctrine parlant de « *Individualität* ».

<sup>1</sup> Pascal revisité, *Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà*, Pascal, Pensées.

<sup>2</sup> En ce sens, v CJUE 16 nov. 2016, aff. C-301/15, *Soulier Doke*, pt 34, D. 2017. 84, note F. Macrez ; Dalloz IP/IT 2017. 108, obs. V.-L. Benabou ; JAC 2017, n° 42, p. 6, obs. E. Scaramozzino ; Rev. UE 2017. 78, étude Lamia El Badawi ; CJUE 27 mars 2014, aff. C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, pts 24 et 25, D. 2014. 1246, note C. Castets-Renard ; *ibid.* 2078, obs. P. Sirinelli ; Légipresse 2014. 345, comm. L. Marino ; JAC 2014, n° 14, p. 11, obs. E. Scaramozzino ; RTD com. 2014. 609, obs. F. Pollaud-Dulian ; RTD eur. 2014. 283, édito. J.-P. Jacqué ; *ibid.* 2015. 173, obs. F. Benoît-Rohmer.

En revanche, si les changements de l'original utilisé sont d'une telle portée qu'il y a naissance d'une œuvre indépendante, créée en utilisant librement l'œuvre d'autrui, cette nouvelle œuvre peut être publiée et exploitée sans le consentement de l'auteur de l'œuvre utilisée<sup>8</sup>.

L'appréciation du juge se fait alors en trois étapes, qui sont similaires à celles qui président à l'examen d'une contrefaçon de marque ou de dessin ou modèle. On détermine d'abord en détail les caractéristiques objectives qui fondent la particularité créative de l'œuvre première. L'on examine ensuite si la nouvelle réalisation a repris les caractéristiques créatives de l'œuvre ancienne et si oui, quelle est l'ampleur de ces reprises. Enfin, on regarde l'impression d'ensemble de chaque réalisation en tenant compte de tous les traits créatifs. Si l'impression d'ensemble de la seconde réalisation correspond à l'impression d'ensemble de la première œuvre, la nouvelle œuvre n'est autre qu'une reproduction de l'œuvre plus ancienne<sup>9</sup>.

Quoique formulés différemment, les principes peuvent paraître connus. Après tout, nous avons aussi les idées qui sont de libre parcours, l'autorisation de reprises d'œuvres du domaine public, d'événements historiques, l'examen des critères de l'originalité etc. Mais le résultat peut être fort différent.

Ainsi, ce que nous qualifierions d'adaptation d'une œuvre, dans un autre genre artistique, relève souvent de la libre utilisation<sup>10</sup>. Car s'agissant de genres différents, les éléments matériels caractéristiques de l'œuvre première ne peuvent, par nature, toujours être reportés dans le genre nouveau.

Des photographies présentant une performance de Joseph Beuys (*Le silence de Marcel Duchamp est surestimé*) ont ainsi pu être jugées comme relevant du champ de la libre utilisation de l'article 24. Les juges ont estimé que dix-huit photographies sur une performance qui avait elle-même duré trente minutes ne pouvaient inévitablement couvrir qu'une petite partie de l'événement et perdaient certains des éléments matériels qui déterminent la particularité créative de l'action de Beuys ; de même de l'absence de la composante acoustique, essentielle pour l'ensemble de l'action originale. Leur exposition ne requérait donc pas l'autorisation des ayants droit de Beuys, encore moins le versement d'une redevance<sup>11</sup>.

La vente de costumes de carnaval dont le dessin était clairement inspiré du personnage de Fifi Brindacier – objet d'un véritable culte chez les enfants en Allemagne – relève aussi de la libre utilisation. Dans son examen, la Cour suprême a ainsi recherché si les traits objectifs du personnage, qui constituent « la particularité créatrice de l'original », avaient été repris dans ce costume. Mais

elle a conclu qu'un personnage littéraire est le fruit d'une combinaison unique d'attributs externes, de traits de caractère, de comportements. La reprise des seuls aspects extérieurs ne suffit pas à caractériser une adaptation de l'œuvre antérieure et leur adoption ne viole pas les droits d'auteur. Surtout dans le cas du costume de carnaval, le fait de s'habiller et de « se glisser dans un rôle » crée « une distance intérieure suffisante avec le roman d'Astrid Lindgren, car le spectateur peut clairement voir que la personne représentée n'est pas » le personnage du roman<sup>12</sup>.

### *Le droit de « libre réutilisation » allemand*

L'article 24 de la loi allemande sur le droit d'auteur prévoit qu'« une œuvre indépendante qui a été créée en utilisant librement l'œuvre d'autrui peut être publiée et exploitée sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre utilisée ». Il fonde aussi les droits à parodies, pastiches et caricatures.

Sous les coups de butoir de l'harmonisation européenne, cet article se fissure lentement et sûrement.

La reprise du célèbre mais simple jingle du journal télévisé du soir relève aussi de la libre utilisation au sens de l'article 24, dès lors que seul le thème mélodique d'une dizaine de notes, certes original et protégé, est en partie repris, non les autres éléments originaux<sup>13</sup>. On précisera que le paragraphe 2 de l'article 24 exclut pourtant expressément de la libre utilisation les œuvres musicales, dont la mélodie est reprise dans une œuvre nouvelle, où elle est reconnaissable<sup>14</sup>.

Et si l'œuvre antérieure est faiblement originale, s'il s'agit de « petite monnaie »<sup>15</sup>, alors le libre usage en sera plus aisément caractérisé, puisque ses traits originaux n'en pâleront que plus facilement<sup>16</sup>.

Les traits personnels s'estompent d'autant plus s'ils ne sont que faiblement présents dans l'œuvre originale.

En revanche, la suite du roman *Le docteur Jivago*, en ce qu'elle est fondée sur l'œuvre antérieure, la reprend nécessairement, dès lors que les protagonistes avec leurs traits principaux apparaissent à nouveau, tout comme la structure de l'action antérieure<sup>17</sup>.

<sup>8</sup> Cour fédérale de justice, 1<sup>er</sup> déc. 2010, *Perlentaucher* ; BGH, 1<sup>er</sup> juin 2011, *Lernspiele*.

<sup>9</sup> Cour fédérale de justice, 8 juill. 2004, *Hundefigur*.

<sup>10</sup> Sauf dans le cas particulier de l'adaptation audiovisuelle expressément prévue comme impliquant l'autorisation de l'auteur de l'œuvre originale.

<sup>11</sup> Cour fédérale de justice, 16 mai 2013.

<sup>12</sup> Cour fédérale de justice, 7 juill. 2013, *Pippi Langstrumpf*.

<sup>13</sup> CA Munich, 7 août 2014, *Heute Journal*.

<sup>14</sup> Cette disposition est aussi critiquée par une partie de la doctrine, qui la trouve trop protectrice des auteurs des œuvres antérieures et de nature à limiter la liberté de création, par ex. Wandtke/Bullinger, préc., note 5.

<sup>15</sup> Comme le relèvent A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017 (n° 293), le droit allemand utilise cette expression « *kleine Münze* » pour désigner des œuvres de faible degré de créativité individuelle, mais encore suffisante pour justifier la protection par le droit d'auteur.

<sup>16</sup> Par ex., pour une chanson de Boney M reprenant une œuvre antérieure, Cour fédérale de justice, 24 janv. 1991, *Brown Girl II*.

<sup>17</sup> Cour fédérale de justice, 29 avr. 1999, *Laras Tochter*.

Au regard de la décision *Pelham*, il paraît clair que la libre utilisation de l'article 24, alinéa 1, même non abrogé, ne peut plus être invoquée. Il demeure cependant pertinent au regard de son autre champ d'application, la parodie.

## II - SI LA PARODIE, LE PASTICHE ET LA CARICATURE DEMEURENT DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 24, ILS ONT DÛ FAIRE PEAU NEUVE

Étrange décidément que cet article 24, car, par un hasard de l'histoire<sup>18</sup>, il fonde aussi les droits à parodies, pastiches et caricatures. Aucun autre texte fédéral ne les prévoit expressément. Fondement légal pour le moins paradoxal car, on l'a vu, l'article 24 implique que l'œuvre seconde soit « indépendante » et la jurisprudence a ajouté que l'œuvre première devait « pâler » et uniquement servir d'inspiration. Or le sens même de la parodie est de permettre une « identification immédiate de l'œuvre parodiée »<sup>19</sup> elle n'a de sens que si l'on reconnaît l'œuvre dont elle est issue puisqu'elle se confronte à elle, elle doit s'inspirer de l'œuvre première comme elle doit en reprendre les traits caractéristiques pour la railler.

Ainsi, dans le souci de se rallier à la jurisprudence *Deckmyn* et *Vrijheidsfonds/Vandersteen* qui a qualifié la parodie de notion autonome du droit de l'Union<sup>20</sup>, les tribunaux allemands ont dû renoncer à leur jurisprudence antérieure, qui exigeait des parodies, selon les termes de l'article 24, qu'elles soient des « œuvres indépendantes » et présentent donc un caractère original propre et de surcroît autonome. Le revirement s'est fait en 2016. La Cour fédérale de justice a reconnu expressément que l'examen devait se faire au regard de la notion autonome

définie par le droit de l'Union. En conséquence, elle a dit l'on ne pouvait exiger d'une parodie d'être une « œuvre indépendante » et poser d'autres conditions que celles d'évoquer une œuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci, et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie. En conséquence, elle a estimé que la question de savoir si l'œuvre seconde présentait ou non le caractère d'une œuvre n'était pas à examiner. Plus loin, elle a considéré que la parodie ne devait pas nécessairement viser l'œuvre antérieure elle-même, mais pouvait se moquer simplement de la personne représentée. Ainsi, la Cour a accepté de qualifier de parodie la photographie retouchée d'une actrice, la présentant avec des anneaux de graisse<sup>21</sup>. Bref, une évolution qui relève davantage de la révolution.

Et si, à titre de conclusion, on se référerait simplement aux paroles de la chanson de rapp, objet de cette affaire *Pelham*, écrites par Sabrina Setlur :

*« Tu piges rien à mon monde et pourtant tu essaies de t'incruster tu m'apportes rien que des problèmes et tu veux faire partie de moi »*<sup>22</sup>.

D'aucuns ont estimé à juste titre que ces paroles illustraient parfaitement le conflit entre les fondamentaux du droit allemand et le droit de l'Union<sup>23</sup>... Entre la première décision de la Cour fédérale de justice, qui avait examiné cette affaire il y a huit ans sous le seul angle du droit allemand, et aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour européenne a tracé un sillon d'harmonisation dont les juridictions nationales ne peuvent plus s'affranchir. Quant à l'article 24, il sera intéressant de voir ce qu'il va advenir.

<sup>18</sup> En ce sens, Ansgar Ohly, « *Hip Hop und die Zukunft der freien Benutzung* » im *EU-Urheberrecht*, GRUR 2017. 964 s.

<sup>19</sup> « Douce France » v. « Douce transe » Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janv. 1988.

<sup>20</sup> CJCE 3 sept. 2014, aff. C-201/13 « la parodie a pour caractéristiques essentielles, d'une part, d'évoquer une œuvre existante, tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci, et, d'autre part, de constituer une manifestation d'humour ou une raillerie », D. 2014. 2097, note B. Galopin ; *Légipresse* 2014. 457 et les obs. ; *ibid.* 604, comm. N. Blanc ; *JAC* 2014, n° 17, p. 10, obs. E. Scaramozzino ; *RTD com.* 2014. 815, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2016. 358, obs. F. Benoît-Rohmer.

<sup>21</sup> Cour fédérale de justice, 28 juill. 2016, *auf fett getrimmt*.

<sup>22</sup> « *Du raffst meine welt nicht und trotzdem dringst du in sie ein du bringst mir nix als probleme und willst 'n teil von mir sein* ».

<sup>23</sup> Ansgar Ohly, préc. note 18.